

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85372>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

**JOR 2011/172**

**Rechtbank Haarlem**

12 januari 2011, 141088/HA ZA 07-1416;  
LJN BP0857.

( mr. Van der Meer

mr. Ruitinga

mr. Jochem )

Anova Food BV te 's-Hertogenbosch,  
eiseres,

advocaat: mr. R.A.M. Schram,  
tegen

[A] te Santpoort-Zuid, gemeente Velsen,  
gedaagde,

advocaat: mr. B.J. Sol.

Aandelenoverdracht, Uitleg  
koopovereenkomst, Schending  
garantieplichting, Verkoper verzuimt  
pensioentoezeggingen van vennootschap te  
melden aan koper van de aandelen,  
Omvang schade is verschil tussen  
werkelijke koopprijs en vermoedelijke  
koopprijs indien koper op de hoogte was  
geweest van verplichting, In casu geen  
schade, Kosten van pensioentoezegging  
steeds in jaarrekening opgenomen

[BW Boek 6 - 74]

## » Samenvatting

De rechtbank volhardt bij haar eerdere oordeel dat [A] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn garantieplichtingen jegens Anova en dat [A] de schade die Anova ten gevolge daarvan heeft geleden aan haar moet vergoeden. Vast staat immers dat Novavis vóór de overdracht van de aandelen van [A] in Novavis aan Anova jegens enige medewerkers pensioentoezeggingen heeft gedaan op basis van het “final pay”-systeem (hierna: de backservice verplichting), terwijl voorts vaststaat dat [A] in de leveringsakte van 14 januari 1998 heeft gegarandeerd dat geen pensioentoezeggingen zijn gedaan.

Nu [A] niet is geslaagd in het hem opgedragen bewijs, moet ervan worden uitgegaan dat Anova ten tijde van de vaststelling van de koopprijs van de aandelen in Novavis niet op de hoogte was van het bestaan van de backservice verplichting van Novavis. Dat brengt, anders dan Anova betoogt, echter niet zonder meer mee dat Anova dientengevolge schade heeft geleden.

Naar het oordeel van de rechtbank moet de vraag of door Anova schade is geleden alsmede de vraag naar de omvang van die schade worden beantwoord door de koopprijs zoals deze in werkelijkheid is vastgesteld te vergelijken met de koopprijs zoals die (vermoedelijk) zou zijn vastgesteld wanneer Anova op de hoogte was geweest van de ten tijde van de overdracht van de aandelen bestaande backservice verplichting. Het daartussen bestaande verschil moet worden aangemerkt als voor vergoeding in aanmerking komende schade.

In het onderhavige geval geldt dat de koopprijs van de aandelen in Novavis blijkens de leveringsovereenkomst wordt vastgesteld aan de hand van de intrinsieke waarde van de vennootschap, blijkend uit de balans. Nu de aan de backservice verplichting verbonden kosten steeds zijn opgenomen in de jaarrekening, moet er van uit gegaan worden dat deze ook in de berekening van de hoogte van de koopprijs zijn betrokken.

De conclusie moet dan ook zijn dat Anova ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming van [A] in de nakoming van zijn garantieplichtingen jegens Anova geen schade heeft geleden.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

(...; red.)

## **2. De verdere beoordeling**

### ***Tussenvonnissen***

2.1. Bij tussenvonnis van 21 januari 2009 (hierna: tussenvonnis I) heeft de rechtbank het verweer van [A] dat hij aan de in de leveringsakte opgenomen garantieverplichting heeft voldaan, verworpen (r.o. 4.3). Die beslissing heeft de rechtbank gegrond op de volgende feiten, die de rechtbank als vaststaand heeft aangenomen omdat aan de eerdere beslissingen waarin die feiten waren vastgesteld in het onderhavige geschil gezag van gewijsde toekomt:

- dat Novavis vóór de overdracht van de aandelen jegens enige medewerkers pensioentoezeggingen heeft gedaan op basis van het “final pay”stelsel
- dat in de leveringsakte van 14 januari 1998 is vastgelegd dat [A] (onder meer) garandeert dat hem geen andere verplichtingen of claims ten laste van de vennootschap bekend zijn dan die welke uit de jaarrekening blijken alsook dat sinds de laatste balansdatum geen wezenlijke veranderingen in de cijfers en andere gegevens, weergegeven in de jaarrekening, zijn ontstaan en dat geen pensioentoezeggingen zijn gedaan
- dat in de overnamebalans geen backservice verplichting is opgenomen.

2.2. Bij tussenvonnis I is [A] opgedragen zijn – ter onderbouwing van zijn beroep op rechtsverwerking – ingenomen stelling dat Anova ten tijde van het tot stand komen van de definitieve koopprijs van de aandelen in Novavis (10 november 1999) wist van het bestaan van de in geding zijnde backservice verplichting, te bewijzen. Vervolgens heeft een getuigenverhoor plaatsgevonden.

2.3. Bij tussenvonnis van 10 februari 2010 (hierna: tussenvonnis II) heeft de rechtbank

overwogen dat [A] in het hem opgedragen bewijs niet is geslaagd en dat Anova haar recht om een beroep te doen op de in de leveringsakte opgenomen garantieverplichting niet heeft verwerkt. De rechtbank heeft verder overwogen dat [A] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de intentieverklaring en leveringsakte.

2.4. Voorts heeft de rechtbank in tussenvonnis II overwogen dat [A] de schade die Anova ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming van [A] heeft geleden aan Anova moet vergoeden, en dat in de onderhavige procedure het geschil mede omvat de vraag of Anova schade heeft geleden alsook de omvang van die schade.

Bij tussenvonnis II heeft de rechtbank Anova vervolgens in de gelegenheid gesteld om bij akte te reageren op de stellingname van [A] dat van schade aan de zijde van Anova geen sprake is omdat de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopsommen deel uitmaken van de jaarlijks aan Aegon ten behoeve van de pensioenvoorziening verschuldigde stortingskoopsom, terwijl de omvang van de pensioenkosten ten tijde van het passeren van de leveringsakte bij Anova bekend was en door haar geaccepteerd was.

### ***Aktenwisseling na tussenvonnissen en comparitie***

2.5. Bij akte na tussenvonnis heeft Anova onder meer naar voren gebracht dat het haar ontgaat waarom de rechtbank opnieuw een discussie wenst te openen terwijl in de tussenvonnissen I en II de rechtbank de vordering uit garantie heeft erkend, zij het dat [A] middels tussenvonnis II in de gelegenheid werd gesteld om zijn stelling te bewijzen (waarin [A] niet is geslaagd) dat Anova haar recht zou hebben verwerkt om een beroep op de garantieverplichting te doen. De stellingname van [A], waarop

Anova door de rechtbank om een reactie wordt gevraagd, is door [A], na daartoe door de rechtbank in januari 2009 in de gelegenheid te zijn gesteld, niet bewezen. In rechte is dan ook komen vast te staan dat die stelling onjuist is, aldus Anova.

2.6. [A] heeft bij antwoordakte zijn stelling dat geen sprake is van schade aan de zijde van Anova gehandhaafd. Hij heeft daarbij zijn stelling herhaald dat van schade aan de zijde van Anova geen sprake is omdat de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopsommen deel uitmaken van de jaarlijks aan Aegon ten behoeve van de pensioenvoorziening verschuldigde stortingskoopsom en dat Anova met de omvang van de pensioenkosten ten tijde van het passeren van de leveringsakte bekend was.

2.7. Vervolgens heeft op 9 juni 2010 een comparitie van partijen plaatsgevonden.

### ***Verdere beoordeling***

2.8. De rechtbank volhardt bij haar eerdere oordeel dat [A] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn garantieverplichtingen jegens Anova en dat [A] de schade die Anova ten gevolge daarvan heeft geleden aan haar moet vergoeden. Vast staat immers dat Novavis vóór de overdracht van de aandelen jegens enige medewerkers pensioentoezeggingen heeft gedaan op basis van het “final pay”-systeem, terwijl voorts vaststaat dat [A] in de leveringsakte van 14 januari 1998 heeft gegarandeerd dat geen pensioentoezeggingen zijn gedaan.

2.9. Thans ligt ter beoordeling voor de vraag of Anova schade heeft geleden en zo ja, wat de omvang van die schade is.

2.10. In haar akte na tussenvonnis II noch ter comparitie heeft Anova betwist dat de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopsommen deel uitmaken van de jaarlijks aan Aegon

ten behoeve van de pensioenvoorziening verschuldigde stortingskoopsom. Ook uit de zich bij de gedingstukken bevindende brief van Aegon van 9 april 2001 (prod. 3c) blijkt dat de inhaalkoopsom (het gedeelte van de koopsom dat het backservice-pensioen financiert) deel uitmaakt van de jaarlijks aan Aegon verschuldigde stortingskoopsom.

Voorts heeft Anova niet met inhoudelijke argumenten of concrete feiten betwist dat de omvang van de in totaal jaarlijks aan Aegon verschuldigde pensioenkosten ten tijde van het passeren van de leveringsakte bij Anova bekend was. Ook de stelling van [A] (conclusie van dupliek onder punt 6) dat in de jaarrekeningen steeds de jaarlijkse stortingskoopsommen inclusief de financiering van het backservice-pensioen zijn opgenomen, is door Anova in haar akte na tussenvonnis noch ter comparitie betwist.

Waar Anova aanvoert dat – nu [A] niet is geslaagd in het hem opgedragen bewijs, daarmee – in rechte vaststaat dat de betreffende stellingname van [A] onjuist is, gaat zij eraan voorbij dat de te bewijzen stelling uitsluitend de wetenschap van Anova van het bestaan van de backservice verplichting betrof en niet de vraag of in de jaarrekening (op niet direct kenbare wijze) de aan die verplichting verbonden kosten waren opgenomen. De rechtbank gaat daarom aan dit betoog van Anova voorbij.

2.11. Het voorgaande brengt de rechtbank ertoe om als tussen partijen vaststaande feiten aan te nemen dat (1) de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopsommen deel uitmaken van de jaarlijks aan Aegon ten behoeve van de pensioenvoorziening verschuldigde stortingskoopsom en (2) dat in de jaarrekeningen steeds de jaarlijkse stortingskoopsommen, inclusief de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopsommen, zijn opgenomen.

Weliswaar heeft de rechtbank in tussenvonnis I in haar overwegingen betrokken dat in de overnamebalans geen backservice verplichting is opgenomen, maar deze vaststelling heeft haar betekenis verloren doordat uit het debat dat nadien door partijen met betrekking tot de schade is gevoerd zonder meer voortvloeit dat de schending van de garantie door [A] geen schade voor Anova tot gevolg heeft gehad, zoals hierna, in 2.12, nog nader zal worden toegelicht.

2.12. Nu [A], zoals reeds bij tussenvonnis II is overwogen, niet is geslaagd in het hem opgedragen bewijs, moet ervan worden uitgegaan dat Anova ten tijde van de vaststelling van de koopprijs niet op de hoogte was van het bestaan van de backservice verplichting. Dat brengt, anders dan Anova betoogt, echter niet zonder meer mee dat Anova dientengevolge schade heeft geleden.

Naar het oordeel van de rechtbank moet de vraag of door Anova schade is geleden alsmede de vraag naar de omvang van die schade worden beantwoord door de koopprijs zoals deze in werkelijkheid is vastgesteld te vergelijken met de koopprijs zoals die (vermoedelijk) zou zijn vastgesteld wanneer Anova op de hoogte was geweest van de ten tijde van de overdracht van de aandelen bestaande backservice verplichting. Het daartussen bestaande verschil moet worden aangemerkt als voor vergoeding in aanmerking komende schade.

In het onderhavige geval geldt dat de koopprijs van de aandelen in Novavis blijkens artikel 5 van de leveringsovereenkomst wordt vastgesteld aan de hand van de intrinsieke waarde van de vennootschap, blijkend uit de balans per 31 december 1997. Nu de aan de backservice verplichting verbonden kosten steeds zijn opgenomen in de jaarrekening, moet er vanuit gegaan worden dat deze ook in de berekening van de hoogte van de

koopprijs zijn betrokken. Feiten of omstandigheden die aanknopingspunten bieden voor het oordeel dat zulks in dit geval anders is, zijn gesteld noch gebleken. De conclusie moet dan ook zijn dat Anova ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming van [A] in de nakoming van zijn garantieverplichtingen jegens Anova geen schade heeft geleden.

2.13. Nu Anova geen schade heeft geleden ten gevolge van de schending door [A] van zijn garantieverplichting, dient de als hoofdsom gevorderde schadevergoeding te worden afgewezen. Dat brengt mee dat ook de vorderingen tot vergoeding van de arbitragekosten en de buitengerechtelijke incassokosten zullen worden afgewezen.

2.14. Anova zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

### **3. De beslissing**

De rechtbank

3.1. wijst de vorderingen van Anova af,

3.2. veroordeelt Anova in de proceskosten (...; *red.*).

### **» Noot**

1. Vaststelling van schade in geval van inbreuk op garanties bij overnamecontracten blijft aanleiding geven tot ingewikkelde vragen. Dit blijkt weer eens uit de hierboven gepubliceerde uitspraken.

2. In het vonnis van de Rb. Haarlem heeft de verkoper van een vennootschap aan de koper gegarandeerd dat hem geen andere verplichtingen of claims ten laste van de vennootschap bekend zijn dan die welke uit de jaarrekening blijken, dat sinds de balansdatum geen wezenlijke veranderingen in de cijfers en andere

gegevens, weergegeven in de jaarrekening, zijn ontstaan en dat geen pensioentoezeggingen zijn gedaan. De koper komt er na de transactie achter dat de vennootschap, voorafgaand aan de levering van de aandelen, jegens enkele medewerkers pensioentoezeggingen heeft gedaan op basis van het “final pay” systeem (de eindloonregeling). De backserviceverplichting die de vennootschap in verband hiermee moet betalen bedraagt ongeveer f 137.000. Koper stelt zich op het standpunt dat verkoper inbreuk heeft gemaakt op de door hem gegeven garantie en vordert betaling van het genoemde bedrag als schade die hij door de inbreuk heeft geleden.

Nadat tussen partijen elf (!) jaar is geprocedeerd (eerst in een arbitrageprocedure, toen in een vernietigingsprocedure en uiteindelijk in een gewone civiele procedure voor de rechtbank Haarlem) over de vraag of de koper ten tijde van de transactie wist van het bestaan van de backservice-verplichting en de toezegging aan de medewerkers, komt de rechtbank tot het oordeel dat deze wetenschap bij de koper heeft ontbroken. De rechtbank neemt daarom tot uitgangspunt dat de verkoper de door hem gegeven garantie heeft geschonden en dat hij de schade die de koper daardoor heeft geleden, moet vergoeden. Op het punt van de schade gaat het voor de koper vervolgens mis. De rechtbank stelt vast (in r.o. 2.10 van het eindvonnis van 12 januari 2011) dat de ter financiering van het backservice-pensioen verschuldigde inhaalkoopssommen deel uitmaken van de jaarlijks door de vennootschap aan de pensioenverzekeraar verschuldigde stortingskoopsom, terwijl deze jaarlijks te betalen stortingskoopsom steeds in de jaarrekening van de vennootschap is opgenomen. De rechtbank overweegt vervolgens (in r.o. 2.12) dat “de vraag of door [koper] schade is geleden alsmede de vraag naar de omvang van die schade [moet] worden beantwoord door de

koopprijs zoals deze in werkelijkheid is vastgesteld te vergelijken met de koopprijs zoals die (vermoedelijk) zou zijn vastgesteld wanneer [koper] op de hoogte was geweest van de ten tijde van de overdracht van de aandelen bestaande backserviceverplichting. Het daartussen bestaande verschil moet worden aangemerkt als voor vergoeding in aanmerking komende schade.” Nu de koopprijs is vastgesteld aan de hand van de intrinsieke waarde van de vennootschap zoals die blijkt uit de balans per 31 december 1997 en de aan de backserviceverplichting verbonden kosten in die jaarrekening zijn opgenomen, moet er volgens de rechtbank van uit worden gegaan dat deze kosten ook in de berekening van de hoogte van de koopprijs zijn betrokken. Conclusie: koper heeft geen schade geleden als gevolg van de inbreuk door de verkoper op de garantie die hij heeft gegeven. Na elf jaar procederen voor de koper ongetwijfeld een bittere pil, die een gevolg lijkt te zijn van het feit dat partijen in de koopovereenkomst niets hebben afgesproken over hoe de schade in geval van inbreuk op een garantie moet worden bepaald.

3. In de hierboven gepubliceerde arresten van het Hof Amsterdam (tussen- en eindarrest, cassatie op de voet van art. 81 RO verworpen) is een dergelijke afspraak tussen partijen wel gemaakt. Het ging ook hier om de overname van een vennootschap met een aantal dochters. Bij de verkoop heeft de verkoper aan koper onder meer gegarandeerd dat verkoper er niet mee bekend is dat de verkochte vennootschap of een van haar dochtervennootschappen betrokken is bij een gerechtelijke procedure. Ook heeft de verkoper gegarandeerd dat de vennootschap tot en met 31 december 1999 volledig heeft voldaan aan haar verplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid. Na levering van de aandelen blijkt dat één van de dochtervennootschappen toch in een

gerechtelijke procedure is betrokken. Deze dochtervennootschap wordt op enig moment veroordeeld tot betaling aan een derde van een bedrag van ruim € 21.000 (de CSV-claim). Verder wordt de koper geconfronteerd met een naheffing van het UWV over de periode tot en met de balansdatum van € 1.930 (de UWV-claim). Koper stelt zich jegens verkoper op het standpunt dat verkoper de hiervoor genoemde garanties heeft geschonden en vordert de schade die hij daardoor heeft geleden. Die schade is volgens de koper gelijk aan de bedragen die aan CSV respectievelijk het UWV zijn betaald. In de koopovereenkomst is over de schade afgesproken dat verkoper jegens koper aansprakelijk zal zijn “voor alle schade en kosten die voortvloeien uit het feit dat enige verklaring of garantie na de levering onjuist dan wel onvolledig is of blijkt te zijn (...) Voorts zal schade pas als schade in de zin van de overeenkomst worden aangemerkt indien de schade het bedrag van de in de jaarrekeningen 1999 opgenomen voorzieningen overtreft.” Het Hof wijst de schadevorderingen van koper toe. Anders dan de Rb. Haarlem onderzoekt het Hof Amsterdam ter vaststelling van de geleden schade niet wat het verschil is tussen de koopprijs die daadwerkelijk door de koper is betaald en wat de koopprijs zou zijn geweest, als de koper ten tijde van de transactie van de inbreuken op de garanties op de hoogte zou zijn geweest. Het Hof maakt er geen woorden aan vuil, maar interpreteert de hiervoor geciteerde schadeclausule blijkbaar aldus dat daaruit voortvloeit dat de schade die de koper van de aandelen in de vennootschap lijdt, identiek is aan de hoogte van de bedragen die de vennootschap aan CSV en UWV moet betalen.

4. De schade die een koper van een vennootschap als gevolg van een inbreuk door de verkoper op een (balans)garantie lijdt is niet, althans niet zonder meer, gelijk aan de schade die de targetvennootschap als gevolg van diezelfde inbreuk lijdt. Ter

vaststelling van de schade die de koper heeft geleden zal moeten worden onderzocht wat de waardedaling is van de door hem gekochte aandelen in de targetvennootschap. Het zijn immers alleen deze aandelen die in het vermogen van de koper vallen. De claims waarmee de targetvennootschap zich als gevolg van een schending van een garantie geconfronteerd ziet, raken enkel het vermogen van de targetvennootschap. En de waardedaling van de aandelen die de koper heeft gekocht hoeft niet gelijk te zijn aan de schade die de targetvennootschap lijdt. Of en in hoeverre de schade van de targetvennootschap één op één doorwerkt in het vermogen van de koper, hangt onder meer af van de wijze waarop de aandelen worden gewaardeerd en waarop de schade bij de vennootschap wordt geboekt. Om discussies hierover te voorkomen valt daarom aan te bevelen om in de koopovereenkomst de door koper te lijden schade als gevolg van inbreuk op garanties te fixeren op de schade die de targetvennootschap lijdt. Hiermee kunnen ingewikkelde discussies en uitkomsten zoals die in de hierboven genoemde zaak van de Rb. Haarlem, worden voorkomen. Ik meen overigens dat de koper in de zaak van het Hof Amsterdam, goed is weggekomen. De contractuele afspraak over de vaststelling van schade, die partijen in die zaak hebben gemaakt (en die ik hierboven heb geciteerd) is door het Hof zo uitgelegd dat de schade die de koper heeft geleden gelijk is aan de hoogte van de claims waarmee de verkochte vennootschap na de transactie is geconfronteerd. Maar deze uitleg volgt niet zonder meer uit de tekst van deze bepaling. De zinsnede dat “schade pas als schade in de zin van de overeenkomst zal worden aangemerkt indien de schade het bedrag van de in de jaarrekening 1999 opgenomen voorzieningen overtreft” laat ook een uitleg toe waarbij pas sprake is van schade als voor de desbetreffende claim geen voorziening in de jaarrekening is opgenomen, maar dat ten aanzien van de alsdan geleden schade *van de vennootschap*

nog steeds moet worden onderzocht in hoeverre ook de koper daardoor schade lijdt (m.a.w. wat het effect van de door de targetvennootschap geleden schade op de waarde van de gekochte aandelen is). Deze exercitie heeft het Hof zichzelf met een voor de koper gunstige interpretatie van de schadeclausule bespaard.

5. De uitspraak van het Hof Amsterdam legt ook een interessante kwestie bloot die verband houdt met de vaststelling van de schade bij inbreuk op garanties ten aanzien van het eigen vermogen. De verkoper in die zaak had gegarandeerd dat het geconsolideerde eigen vermogen van de verkochte vennootschap f 809.702 bedroeg. Na de transactie heeft de koper geconstateerd dat een aantal debiteuren van de vennootschap niet geïnd kon worden. Hij stelt zich op het standpunt dat sprake is van een inbreuk op de eigenvermogengarantie, voor zover het bedrag van de oninbare debiteuren het bedrag van de daarvoor opgenomen voorziening te boven gaat. Uiteraard is deze stelling op zichzelf genomen niet voldoende om de conclusie te kunnen dragen dat sprake is van een inbreuk op de eigenvermogengarantie. Weliswaar is juist dat oninbare vorderingen rechtstreeks (in negatieve zin) van invloed zijn op het eigen vermogen, voor zover het saldo van die oninbare vorderingen het bedrag van de getroffen voorziening overtreft. Maar behalve met het negatieve effect op het eigen vermogen van de oninbare debiteuren, moet ook rekening worden gehouden met mogelijke positieve effecten op het eigen vermogen, zoals een voorziening die is vrijgevallen of een winst die in het desbetreffende jaar is gemaakt en aan de reserves (als onderdeel van het eigen vermogen) wordt toegevoegd, voordat tot een schending van de eigen vermogengarantie kan worden geconcludeerd. Ik begrijp uit het arrest dat een dergelijk verweer ook door de verkoper is gevoerd, maar dat deze kennelijk geen “plussen” heeft kunnen aanwijzen die het

negatieve effect van de oninbare debiteuren kunnen compenseren. Bij deze stand van zaken wijst het Hof ook deze vordering van de koper toe (waarbij het Hof er opnieuw zonder dat verder te motiveren van uitgaat dat de schade die de koper heeft geleden identiek is aan het bedrag van de niet geïnde debiteuren, zie hierboven onder 3).

Opmerkelijk is dat het Hof met geen woord rept over de vraag *op welk moment* voor de koper duidelijk is geworden dat er sprake was van een groter aantal oninbare debiteuren dan het bedrag van de getroffen voorziening. De eigen vermogengarantie is gegeven per 31 december 1999. Per die datum is door de verkoper een inschatting gemaakt van het bedrag aan debiteuren dat mogelijk niet zou kunnen worden geïnd en daarvoor is, per diezelfde datum, een voorziening getroffen. Als nu in de periode na 31 december 1999 bijvoorbeeld enkele debiteuren zijn gefailleerd en hierdoor de post oninbare debiteuren groter wordt dan het bedrag van de voorziening, is dat dan wel een inbreuk op de eigenvermogengarantie, die immers per 31 december 1999 is gegeven? Per die datum klopte de garantie toch gewoon? A-G Wissink geeft het antwoord op deze vraag in nr. 2.25 van zijn conclusie. Hij schrijft dat, nadat een eigenvermogengarantie op basis van de overnamebalans is gegeven, “er normaliter nog onzekerheid resteert over de vraag in hoeverre de openstaande vorderingen inderdaad door de verschillende debiteuren zullen worden voldaan. Die onzekerheid geldt voor beide partijen aan de onderhandelingstafel. Garanties dienen er mede toe om met die onzekerheid over toekomstige ontwikkelingen om te gaan en de daarmee verbonden risico’s tussen partijen te verdelen (bijvoorbeeld door de duur van de garantie of de hoogte van het daaronder te vergoeden bedrag te beperken). Hoe de onzekerheid over de ontwikkeling van de risico’s na de (overname)balansdatum precies door partijen is gealloceerd, is voor de rechter een kwestie van uitleg van de



overeenkomst.” Opnieuw een kwestie van uitleg van de overeenkomst dus, en in het bijzonder van de wijze waarop de eigen vermogengarantie is geformuleerd. Het Hof Amsterdam lijkt de beknopt geformuleerde eigen vermogengarantie in de onderhavige zaak zo uit te leggen dat het risico van alle uiteindelijk oninbaar gebleken debiteuren bij de verkoper wordt gelegd, voor zover zij de per balansdatum getroffen voorziening te boven gaan. Dat is niet zonder meer billijk voor zover het debiteuren betreft die oninbaar zijn geworden op grond van feiten en omstandigheden die zich na de balansdatum hebben voorgedaan, te meer niet wanneer men bedenkt dat als het totale bedrag aan oninbare debiteuren uiteindelijk juist zou meevallen en een deel van de per 31 december 1999 getroffen voorziening zou vrijvallen, deze geheel ten goede komt aan de koper. Dit is echter een discussie die in de onderhandelingen tussen partijen over de koop had moeten worden gevoerd en vervolgens in de tekst van de eigenvermogengarantie had moeten worden verwerkt. Het illustreert dat de formulering van de eigenvermogengarantie in overnamecontracten steeds de nodige tijd en aandacht behoeft.

mr. R.G.J. de Haan, advocaat bij Allen & Overly LLP